



Cartagena de Indias D.T y C., once (11) de febrero de dos mil dos mil veintidós (2022).

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

Medio de control	Nulidad y restablecimiento del derecho
Radicado	13001-33-33-014-2018-00308-01
Demandante	Argemiro Pérez Vergara
Demandado	Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional
Tema	Subsidio familiar no constituye partida computable para liquidar pensión de invalidez.
Magistrado Ponente	Edgar Alexis Vásquez Contreras

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2019 por el Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la negó las pretensiones de la demanda.

III.- ANTECEDENTES

3.1. La demanda (fs. 3 – 30 del documento No.01 del expediente digital).

3.1.1. Pretensiones. La parte demandante formuló las siguientes:

“1. Se inapliquen por inconstitucionales e inconvenientes las siguientes normas:

- a. El párrafo del artículo 15 del Decreto 1091 de 1995*
- b. El párrafo del artículo 49 del Decreto 1091 de 1995.*
- c. El párrafo del artículo 23 del Decreto 4433 de 2004.*
- d. El párrafo del artículo 3 del Decreto 1858 del 2012*

*2. Se declare la nulidad de la Resolución u oficio **S-2018-12254/ ARPRES – GRUPE- 1.10 del 5 de marzo de 2018**, mediante la cual se negó la inclusión del subsidio familiar como partida computable para liquidar la pensión de invalidez de mi poderdante.*



3. A título de restablecimiento del derecho, se condene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional a reconocer y a pagar a mi poderdante la reliquidación de su pensión de invalidez donde se incluya como partida computable para liquidar la prestación social; el subsidio familiar en un 30% del salario básico, porcentaje que corresponde a su esposa la señora Shiry Johana Vega Ruíz, y a su vez, un 5% del salario básico, porcentaje que corresponde a su primer hijo Keiner David Pérez Vega, y por último un 4% del salario básico, porcentaje que corresponde a su segundo hijo Geinner David Pérez Vega , junto con sus intereses e indexación desde el 8 de agosto del año 2014, fecha en la cual se retiró de la institución policial.

4. Que la Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Policía Nacional deberá pagar a mi poderdante los dineros correspondientes a prestaciones, subsidios, aumentos anuales o cualquier otro derecho causado más la indexación que en derecho corresponda incluyendo el subsidio familiar como factor salarial.

5. Que se dé cumplimiento a la sentencia de conformidad con los artículos 192 y 195 del Código Contencioso Administrativo.

6. Que se me reconozca la personería jurídica correspondiente.

3.1.2. Hechos

Para sustentar fácticamente la demanda el actor afirmó, en resumen, lo siguiente:

Luego de superar el respectivo curso de profundización, ingresó a la Policía Nacional, y en el año de 1999 a la categoría de nivel ejecutivo.

El régimen pensional del nivel ejecutivo está regulado por el Decreto 1091/95, cuyos artículos 15 y 49 señalan que el subsidio familiar no constituye factor salarial para liquidar prestaciones sociales.

Solicitó a la entidad demandada el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de su asignación de retiro, la cual fue negada mediante el oficio S-2018-12254/ ARPRES – GRUPE- 1.10 del 5 de marzo de 2018.

3.1.3. Normas violadas y concepto de la violación.

Señaló que el acto acusado vulneró la Ley 21/82 y los Decretos 0118/57, 1212/90, 1213/90, 41/94, 1029/94, 132/95 y 1091/95.

Sostuvo que la finalidad del subsidio familiar es solventar las cargas económicas del trabajador; es decir, proteger la familia como núcleo esencial del Estado, y desde el año 1977 ha brindado la posibilidad a todos los miembros de la institución de que devenguen un 30% por uniones conyugales o de hecho y



hasta un 17% por los hijos; y que dichos porcentajes se incluyan como factor salarial para sus prestaciones sociales.

Afirmó que el acto acusado vulnera el derecho a la igualdad, toda vez que a los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional no se les reconoce el subsidio familiar como partida computable para liquidar su asignación de retiro, mientras que a los suboficiales, oficiales y agentes si se les incluye dicha partida en sus asignaciones de retiro.

Señaló que existe un retroceso en materia de seguridad social para estos uniformados, ya que además de vulnerar su derecho a la igualdad, desde la misma creación de la categoría, se mermó el derecho a que sus familias recibieran la misma protección por parte del Estado.

3.2 Contestación de la demanda (fs. 85 – 90 del archivo No.01 del expediente digital).

La entidad accionada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, alegando, en resumen, lo siguiente:

El actor ingresó como alumno del nivel ejecutivo ostentando el grado de patrullero en la Institución de la Policía Nacional a partir del año 1999, con lo cual se encuentra en el régimen denominado nivel ejecutivo, por lo que siempre se ha regido por el Decreto 1091/95, norma que no contempla el subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro.

Citó su apoyo la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2007 por la Sección Tercera, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la que afirmó que los actos administrativos se presumen legales, legítimos y válidos, y dan plena eficacia y obligatoriedad a la manifestación de la actividad de la Administración.

3.3. Sentencia de primera instancia (fs. 163 – 183 del archivo No. 01 del expediente digital).

El Juzgado Décimo Cuarto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 19 de septiembre de 2019, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante.



Para sustentar su decisión, afirmó, en resumen, el actor perteneció al nivel ejecutivo de la Policía Nacional, por lo que la entidad accionada le reconoció una pensión de invalidez teniendo en cuenta el Decreto No. 1157/14, cuyo artículo segundo no contempla el subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro, y por ello no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

No hay lugar a aplicar el principio de favorabilidad porque no pueden aplicarse normas de distintos regímenes, pues ello vulneraría el principio de inescindibilidad de la misma.

3.4 Recurso de apelación (fs. 176 -194 del archivo No.01 del expediente digital).

La parte demandante adujo que, en los eventos en que se considere vulnerado el derecho a la igualdad, surge la necesidad de aplicar el juicio integrado de igualdad, de acuerdo con las sentencias C-015 y C-053 de 2018 de la Corte Constitucional.

Adujo que no es cierto que en virtud del principio de inescindibilidad resulta imposible aplicar dos regímenes salariales, extrayendo lo más favorable de cada uno, pues a su juicio "el principio de inescindibilidad" en realidad es una regla legal, que no puede estar por encima de derechos constitucionales como el de la igualdad, la familia e interés del menor.

Sostuvo que, teniendo en cuenta la finalidad y titularidad del subsidio familiar, no es constitucionalmente admisible manifestar que los oficiales deban percibir un mejor subsidio, pues se estaría afirmando que el núcleo familiar del oficial merece una mejor y mayor protección del Estado que las familias de los miembros del nivel ejecutivo.

Adujo que el directo beneficiario del subsidio familiar no es el trabajador, sino su núcleo familiar, especialmente los niños y personas de la tercera edad, por lo cual la verificación de la transgresión del derecho a la igualdad debe realizarse entre las familias de los uniformados de la policía nacional, y no de sus directos trabajadores.

Citó en su apoyo sentencias de la Corte Constitucional T – 942/14, T 623/16, C-337/11, C-629/11, que tratan sobre el objeto del subsidio familiar, así como sentencias del Consejo de Estado proferidas el 8 de junio de 2017 dentro del proceso radicado con el No. 11001-03-25-000-2010-00065-00; 19 de abril de 2018



dentro del proceso radicado con el No. 18001-23-33-000-2013-00218-01 y el 10 de mayo de 2018, proferida dentro del proceso radicado con el No. 19001-23-33-000-2014-00128-01, relacionadas con la inclusión del subsidio familiar en la asignación de retiro de soldados profesionales.

Afirmó que en el sistema laboral de la fuerza pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional) los únicos uniformados a los cuales no se les reconoce el subsidio familiar es a los miembros del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, siendo esto discriminatorio desde todo punto de vista constitucional.

Señaló que la entidad accionada no probó la causación de costas, por ende, no es procedente la imposición de las mismas. Para sustentar su afirmación citó la sentencia de 20 de septiembre de 2018 del Consejo de Estado.

3.5 Actuación procesal en segunda instancia

Mediante auto de 21 de septiembre de 2021 se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia (archivo No. 4 del expediente digital) y mediante providencia de 6 de octubre de 2021 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Agente del Ministerio Público para que emitiera concepto (archivo No. 7 del expediente digital).

La parte demandante, en sus alegatos de conclusión, reiteró en resumen lo manifestado en la demanda y en el recurso de apelación (archivo No. 10 del expediente digital); la parte demandada reiteró lo manifestado en la contestación de la demanda (archivo No. 9 del expediente digital); y el Agente del Ministerio Público no rindió concepto.

IV. CONTROL DE LEGALIDAD

Agotadas las etapas procesales propias de la instancia, sin que se adviertan motivos de nulidad que puedan invalidar total o parcialmente lo actuado, procede el Tribunal a realizar el estudio de las diversas piezas del expediente para adoptar la decisión que en derecho corresponda en segunda instancia.



V.- CONSIDERACIONES

5.1 Competencia.

Es competente esta Corporación para conocer el presente proceso, por disposición del artículo 153 del CPACA, el cual dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

5.2 Problema jurídico.

La Sala deberá determinar si el actor, como miembro del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, tiene derecho o no a la inclusión del subsidio familia como partida computable para la liquidación de su pensión de invalidez.

5.4. Tesis de la Sala

El demandante no tiene derecho a la reliquidación de su pensión de invalidez, teniendo en cuenta la inclusión del subsidio familiar, porque solo son partidas computables las previstas en el Decreto 4433/04, entre las que no se encuentra el subsidio familiar.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

5.4.1. Del régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

El Congreso de la República mediante la Ley 62/93, le concedió al Presidente de la República facultades extraordinarias para modificar las normas de carrera del personal de oficiales, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional; estructurar el régimen prestacional para viudas, huérfanos e incapacitados y modificar los reglamentos de disciplina, evaluación y clasificación del personal de la Policía Nacional.

En desarrollo de ello, el Gobierno expidió los Decretos 41/94 “por el cual se modifican las normas de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones” y 262 de 1994 “por el cual se modifica las normas de carrera del personal de Agentes de la Policía Nacional y se dictan otras disposiciones”, el cual fue declarado parcialmente inexecutable por la Corte Constitucional, en sentencia C-417 de 1994, porque “el Presidente (...) no estaba autorizado para crear una tercera categoría dentro del personal



SENTENCIA No. 010 /2022
SALA DE DECISIÓN No. 005

uniformado de la Policía Nacional, denominada "Nivel Ejecutivo", tal como se hizo, pues el legislador ordinario decidió conservar las mismas tres categorías que tradicionalmente se conocen en esa Institución, a saber: la de oficiales, la de suboficiales y la de agentes".

Mediante la Ley 180/95 se modificó el artículo 6 de la Ley 62/93, y contempló el Nivel Ejecutivo como parte de la estructura de la Policía Nacional y el artículo 7 de dicha Ley le confirió facultades extraordinarias al Presidente de la República para desarrollar los distintos aspectos que comprenden la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, tal como, las asignaciones salariales, primas y prestaciones sociales.

El artículo 7 de la Ley 180 de 1995, señala:

"ARTÍCULO 7o. De conformidad con el numeral 10 del artículo [150](#) de la Constitución Política de Colombia, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, hasta por el término de noventa (90) días, contados a partir de la promulgación de la presente Ley, para los siguientes efectos:

1. Desarrollar en la Policía Nacional la Carrera Profesional del Nivel Ejecutivo a que se refiere el artículo 1o. de la presente Ley, a la cual podrán vincularse Suboficiales, Agentes, personal no uniformado y de incorporación directa. Esta nueva carrera comprenderá los siguientes aspectos:

- a) Disposiciones preliminares;
- b) Jerarquía, clasificación y escalafón;
- c) Administración de personal:
 - Selección e ingreso
 - Formación
 - Grados, ascenso y proyección de la carrera
 - **Asignaciones salariales, primas y prestaciones sociales**
 - Sistemas de evaluación
 - Destinaciones, traslados, comisiones, licencias y encargos
 - Suspensión, retiro, separación, reincorporación
 - Reservas
 - Disposiciones varias
 - Normas de transición (...)"

El párrafo del artículo 7 *ibídem*, señaló que el personal de Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que decidieran integrar el Nivel Ejecutivo en ningún caso su situación podría ser objeto de discriminación o desmejora.

Con posterioridad se expidió el Decreto 132/95, "Por el cual se desarrolla la carrera profesional del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional", y allí se dispuso que: i) el personal de Suboficiales y Agentes que se encontraba en servicio activo, a la fecha de promulgación de ese Decreto, podían solicitar su ingreso al Nivel Ejecutivo previo el cumplimiento de la totalidad de los requisitos exigidos



(arts. 12¹ y 13²); ii) el personal que ingresara al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional debía someterse al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dictara el Gobierno Nacional (art. 15³); y, iii) que el ingreso al Nivel Ejecutivo, bajo ninguna circunstancia podía discriminar y/o desmejorar las circunstancias de quienes ya venían vinculados a la Policía Nacional.

- A través del Decreto 1091 de 1995, se expidió el régimen de asignaciones y prestaciones del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional contemplando como partidas computables para efectos del cálculo de la asignación de retiro, las siguientes:

“ARTICULO 25. *Asignación de retiro para el personal de la Policía Nacional. Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro, así:*

25.1 *El setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio.*

25.2 *El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%).* 25.3 *A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.*

ARTÍCULO 49. BASES DE LIQUIDACIÓN. *A partir de la vigencia del presente decreto, al personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, que sea retirado del servicio activo, se le liquidará las prestaciones sociales unitarias y periódicas sobre las siguientes partidas.*

- a) *Sueldo básico;*
- b) *Prima de retorno a la experiencia;*
- c) *Subsidio de Alimentación;*
- d) *Una duodécima parte (1/12) de la prima de navidad;*
- e) *Una duodécima parte (1/12) de la prima de servicio;*
- f) *Una duodécima parte (1/12) de la prima de vacaciones;*

¹ *“ARTÍCULO 12. INGRESO DE SUBOFICIALES AL NIVEL EJECUTIVO. Podrán ingresar a la escala jerárquica del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los suboficiales en servicio activo que lo soliciten (...).”*

² *“ARTÍCULO 13. INGRESO DE AGENTES AL NIVEL EJECUTIVO. Podrán ingresar al primer grado del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, los agentes en servicio activo (...).”*

³ *“ARTÍCULO 15. RÉGIMEN SALARIAL Y PRESTACIONAL DEL PERSONAL DEL NIVEL EJECUTIVO. El personal que ingrese al Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, se someterá al régimen salarial y prestacional determinado en las disposiciones que sobre salarios y prestaciones dicte el Gobierno Nacional.”*



SENTENCIA No. 010 /2022
SALA DE DECISIÓN No. 005

- Bonificación por compensación <Partida adicionada por el artículo [1](#) de la Ley 420 de 1998.

PARÁGRAFO. Fuera de las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, auxilios y compensaciones consagradas en los decretos [1212](#) y [1213](#) de 1990 y en el presente decreto, serán computables para efectos de cesantías, asignaciones de retiro, pensionados, sustituciones pensionales y demás prestaciones sociales.”.

Con posterioridad, el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1791 de 2000 “Por el cual se modifican las normas de carrera del Personal de Oficiales, Nivel Ejecutivo, Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional” dispuso, artículos 9 y 10, que los Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional i) podían ingresar a la escala jerárquica del Nivel Ejecutivo y ii) que, en todo caso, el referido personal estaría sometido al régimen salarial y prestacional establecido para el citado nivel.

Mediante el Decreto 4433 de 31 de diciembre de 2004 el Gobierno Nacional fijó el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública, y señaló que el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que haya ingresado al escalafón del referido nivel a partir de la vigencia del referido decreto, tendría derecho al reconocimiento de una asignación de retiro⁴ después de 20 años de servicio, cuando el retiro se produzca por “llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno” o con 25 años de servicio siempre que el retiro se verifique por solicitud propia o en forma absoluta⁵.

⁴ “ARTICULO 25. Asignación de retiro para el personal de la Policía Nacional. Los Oficiales y el personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional que ingresen al escalafón a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y que sean retirados del servicio activo después de veinte (20) años, por llamamiento a calificar servicios, por disminución de la capacidad psicofísica, o por voluntad del Gobierno, y los que se retiren a solicitud propia o sean retirados o separados en forma absoluta después de veinticinco (25) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta, a que por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional se les pague una asignación mensual de retiro, así: 25.1 El setenta por ciento (70%) del monto de las partidas computables a que se refiere el artículo 23 del presente decreto, por los primeros veinte (20) años de servicio. 25.2 El porcentaje indicado en el numeral anterior se adicionará en un cuatro por ciento (4%) por cada año que exceda de los veinte (20) hasta los veinticuatro (24) años, sin sobrepasar el ochenta y cinco por ciento (85%). 25.3 A su vez, el ochenta y cinco por ciento (85%) de que trata el numeral anterior se adicionará en un dos por ciento (2%) por cada año, sin que el total sobrepase el noventa y cinco por ciento (95%) de las partidas computables.”.

⁵ Debe precisarse, que esta Corporación a través de la sentencia de 12 de abril de 2012. Rad. 1074-2077, declaró la nulidad del parágrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004, al considerar que dicha norma “(...) **Excedió lo dispuesto por la Ley marco e invadió competencias legislativas, pues modificó lo referente al tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro del personal del nivel ejecutivo que a la fecha de entrada en vigencia de la norma se encontraba en servicio activo** al no establecer un régimen de transición que respetara sus expectativas legítimas.

En efecto, estableció como tiempo mínimo para obtener la asignación de retiro por solicitud propia en 25 años, tiempo que excede al contemplado en el régimen anterior para suboficiales en 5 años.”.





En relación con el cálculo del monto de la asignación de retiro, el artículo 23.2 del Decreto 4433 de 2004 estableció que debían tenerse en cuenta, como partidas computables para liquidar la asignación de retiro, la pensión de invalidez, y de sobrevivencia, así: *“el sueldo básico; la prima de retorno a la experiencia; el subsidio de alimentación; la duodécima parte de la prima de servicio; la duodécima parte de la prima de vacaciones y la duodécima parte de la prima de navidad devengada, liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro”*. Y en el párrafo dispuso: *“En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de la asignación de retiro, las pensiones, y las sustituciones pensionales”*.

Tal como lo ha señalado el Consejo de Estado, los artículos 7 de la Ley 180 de 1995, 82 del Decreto 132 de 1995 y la Ley 923 de 2004 establecieron una protección a favor del personal de Suboficiales y Agentes de la Policía Nacional que decidieron voluntariamente ingresar, a través de homologación, al Nivel Ejecutivo de dicha institución. En efecto, las referidas normas prohibieron la discriminación y/o desmejora de las condiciones que venían disfrutando los referidos Suboficiales y Agentes antes de hacer parte del Nivel Ejecutivo, esto con el fin de evitar la afectación o variación de sus condiciones laborales.

La anterior protección, quedó establecida en la sentencia de 12 de abril de 2012 del Consejo de Estado, mediante la cual se declaró la nulidad del párrafo segundo del artículo 25 del Decreto 4433 de 2004 porque incrementaba los requisitos de tiempo de servicio para que el personal del Nivel Ejecutivo que venía vinculado a la Policía Nacional, con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida norma obtuviera el reconocimiento de una asignación de retiro.

En suma, quienes pertenecían al Nivel de Agentes y Suboficiales de la Policía Nacional tenían la posibilidad de acceder, voluntariamente, a la carrera del Nivel Ejecutivo; y debían someterse al régimen salarial y prestacional que estableciera el Gobierno Nacional, sin que pudieran ser desmejorados o discriminados en su situación laboral, protección que constituye un desarrollo del principio convencional de la progresividad dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que impide desmejorar las condiciones laborales de los miembros homologados del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.





SENTENCIA No. 010 /2022
SALA DE DECISIÓN No. 005

El Consejo de Estado en sentencia del 25 de noviembre de 2019, al decidir una demanda de nulidad, dentro de dos procesos acumulados radicado con el No. 110010325000201400186-00 (0444-2014) y 110010325000201401554-00 (5008-2014), donde se demandó la nulidad parcial de los artículos 8, 16 y 51 del Decreto Reglamentario 1029/94; 7, 15 y 49 del Decreto Reglamentario 1091/95; 23 del Decreto Reglamentario 4433/04 y, del Decreto Reglamentario 1858/12, específicamente en los apartes que señalan, que para liquidar las diferentes prestaciones sociales a que tienen derecho los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional, la «prima del nivel ejecutivo» y el «subsidio familiar» no tienen carácter salarial, es decir, que no constituyen partidas computables para tales efectos, señaló lo siguiente:

“62. Luego de examinar las normas que regulan lo relacionado con el concepto de salario y la determinación del régimen salarial y prestacional de los miembros de la Fuerza Pública, la Sala encuentra a partir de lo dispuesto en los artículos 8, 16 y 51 del Decreto 1029 de 1994, 7, 15 y 49 del Decreto 1091 de 1995, 23 del Decreto 4433 de 2004 y 3° del Decreto 1858 de 2012, en los que el Gobierno Nacional señaló, que la «prima del nivel ejecutivo» y el «subsidio familiar» no tienen carácter salarial, cuya nulidad piden los demandantes, no desconocen las normas que consagran el concepto de salario.

63. Así, como lo reconoce el mismo demandante, tanto **el «subsidio familiar» como la «prima del nivel ejecutivo», desde el mismo momento de la creación del Nivel Ejecutivo al interior de la Policía Nacional, carecen de la naturaleza o el carácter salarial que en esta oportunidad se reclama, debido a que ambas constituyen prestaciones sociales cuyo propósito no es el de retribuir directamente la prestación del servicio, sino auxiliar al servidor público en las cargas económicas que requiere el sostenimiento de su núcleo familiar.**

64. En consecuencia, se establece que los decretos parcialmente acusados se ajustan a los criterios señalados por el legislador en el artículo 2° de la Ley 4ª de 1992, para efectos de determinar los factores salariales, expuestos en el acápite precedente. Por el contrario, atribuirle carácter salarial a una determinada prestación, por vía judicial, cuando el Gobierno Nacional en el respectivo decreto salarial determinó lo contrario, podría alterar el marco general de la política macroeconómica y fiscal, así como las limitaciones presupuestales de la entidad.

65. En este sentido, resulta razonable que el «subsidio familiar» y la «prima del nivel ejecutivo» no constituyan salario ni factor salarial para ningún efecto, por disposición expresa del Gobierno Nacional, atendiendo a los parámetros legales establecidos en los artículos 2 de la Ley 65 de 1946, 11 42 del Decreto Ley 1042 de 1978, 12 10 del Decreto Ley 1160 de 1989, 13 14 de la Ley 50 de 1990 y el Convenio 95 de la OIT aprobado por la Ley 54 de 1962 y la Ley 4ª de 1994.15”.

Con base en las normas y jurisprudencia comentadas la Sala decidirá el recurso bajo estudio.



5.5. Caso concreto.

5.5.1. Pruebas relevantes para decidir.

- Copia de la solicitud de reliquidación de la pensión de invalidez del actor con la inclusión del subsidio familiar, presentada el 6 de diciembre de 2017 ante la entidad demandada (fs. 31 – 33 del archivo No. 01 del expediente digital).
- Copia del oficio No. S-2018-012254/APRE-GRUPE-1.10 del 5 de marzo de 2018, por medio del cual la entidad accionada niega la solicitud anterior (fs. 36 – 37 del archivo No. 01 del expediente digital).
- Copia del formato de la hoja de servicio del actor (fs. 38 del archivo No. 01 del expediente digital).
- Copia de la Resolución No. 01845 de 18 de noviembre de 2014, por medio de la cual la entidad accionada reconoce la pensión de invalidez en favor del accionante (fs. 39 – 41 del archivo No. 01 del expediente digital).
- Copia del registro civil de matrimonio del actor (f. 42 del archivo No. 01 del expediente digital)
- Copia del registro civil de nacimiento de Keiner David Pérez Vega y Geinner David Pérez Vega, que demuestran son hijos del actor (fs. 44 – 46 del archivo No. 01 del expediente digital)
- Copia del desprendible de pago No. 3776411 del extracto de la mesada pensional de julio de 2018 del actor, en el que se hace constar las partidas canceladas en su asignación de retiro (f. 48 del archivo No. 01 del expediente digital).

5.5.2. Análisis crítico de las pruebas frente al marco jurídico.

Las pruebas allegadas al proceso dan cuenta que el actor ingresó como Agente Alumno de la Policía Nacional desde el 05 de marzo de 1998 hasta el 24 de febrero de 1999; luego se desempeñó como Agente Nacional de nivel ejecutivo desde el 25 de febrero de 1999 hasta el 8 de agosto de 2014; dónde fue retirado por disminución en su capacidad laboral.

El artículo 2 del Decreto 1157/14, *“por el cual se fija el régimen de asignación de retiro a un personal de la Policía Nacional y de pensión de invalidez para el personal uniformado de la fuerza pública”*, establece que la pensión de invalidez será liquidada de conformidad con las partidas computables que correspondan, según lo previsto en los Decretos 4433 de 2004 y 1858 de 2012.



Ahora bien, al liquidar su asignación de retiro, se tomaron como partidas computables, el sueldo básico, 6% prima retorno a la experiencia, 1/12 parte de la prima de navidad, 1/12 de la prima de servicios, 1/12 de la prima de vacaciones y el subsidio de alimentación.

De lo anterior, se concluye que CASUR, incluyó en la liquidación de la asignación de retiro del demandante, las partidas computables del nivel ejecutivo de la Policía Nacional previstas en el artículo 23.2 del Decreto 4433/04, el cual reitera el contenido del artículo 49 del Decreto 1091/95, que señala las partidas computables a tener en cuenta, y que no se deben incluir ninguna otra para liquidar la asignación de retiro de ese personal. Disposiciones que son reiteradas en el artículo tercero del Decreto 1858/12, que regula “el régimen pensional y de asignación de retiro del personal del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional”.

De conformidad con las normas expuestas en el marco normativo de esta providencia, el subsidio familiar fue creada para el personal del nivel ejecutivo de la Policía Nacional que se encontraran activo y que por disposición legal no tiene carácter salarial para liquidar su asignación de retiro.

Contrario a lo manifestado por el actor, no es cierto que al pasar al nivel ejecutivo se le desmejoró su condicionales salariales y prestacionales. En efecto, el Consejo de Estado, en sentencia de 2 de mayo de 2019, dentro del proceso radicado con el No. 25000-23-42-000-2013-03554-01(2507-18), señaló que si bien al pasar al nivel ejecutivo, no se reconocen ciertas primas, lo ciertos que se incluyeron unas nuevas que le favorece su régimen salarial, así:

*“Es válido afirmar que la homologación a la que se sometió le permite estar amparado por la prohibición de discriminar o desmejorar sus condiciones salariales y prestacionales, regla que deriva, se reitera, de instrumentos internacionales suscritos por el país, de la Constitución Política, de la Ley 4 de 1992 y de las propias normas que crearon e implementaron el Nivel Ejecutivo en la Policía Nacional. Dicho desmejoramiento, no obstante, no puede mirarse aisladamente o, **dicho de otra forma, factor por factor, pues ello permitiría la posibilidad de crear, sin competencia para el efecto, un tercer régimen**, compuesto por aquellos elementos más favorables de cada una de las normativas en estudio [en este caso, el de Agentes de la Policía Nacional - Decreto 1213 de 1990, por un lado; y, el del Nivel Ejecutivo - Decreto 1091 de 1995, por el otro]. Además, en virtud del principio de inescindibilidad, la favorabilidad del Nivel Ejecutivo a la que se acogió libremente el demandante debe aplicarse en su integridad, pues es posible que en la nueva normativa [Decreto 1091 de 1995] existan ventajas no estipuladas mientras ostenta la condición de Agente y que, a su turno, se hayan eliminado otras, pese a lo cual su condición de integrante del Nivel Ejecutivo le haya permitido, incluso, mejorar sus condiciones salariales y prestacionales.*”



Destaca la Sala que mientras en el Decreto 1213 de 1990 se estableció el régimen retroactivo de cesantías [artículo 103]; en el Nivel Ejecutivo [Decreto 1091 de 1995], esté el régimen anualizado, determinando que a la fecha del traslado se reconocerá el beneficio causado hasta ese momento al interesado, si se acreditaban los requisitos para ello [artículo 50 y transitorio]. También cabe precisar que en materia de subsidio familiar el régimen del nivel Ejecutivo consagra unas nuevas condiciones que posiblemente no la favorecieron, pero que, por otros aspectos es más benéfico, pues permite la inclusión de los hermanos y padres como beneficiarios del mismo. Ahora bien, en relación con las primas de servicios, navidad y de vacaciones, es evidente que en el régimen salarial y prestacional del Nivel Ejecutivo no se contemplaron las primas de actividad y antigüedad, entre otras; sin embargo, se crearon unas nuevas primas y se consagró una asignación básica mensual muy superior en relación con el grado de agente, por lo que, se advierte, en vigencia del nuevo régimen se superaron las condiciones salariales y prestacionales que el interesada ostentaba antes del 1º de junio de 1998."

En esa misma providencia se señaló el "subsidio familiar" desde el mismo momento de la creación del Nivel Ejecutivo al interior de la Policía Nacional, carecen de la naturaleza o el carácter salarial que se reclama, debido a que constituyen prestaciones sociales cuyo propósito no es el de retribuir directamente la prestación del servicio, sino auxiliar al servidor público en las cargas económicas que requiere el sostenimiento de su núcleo familiar.

Por otra parte, la misma Corporación en sentencia de tutela proferida el 19 de noviembre de 2020, dentro del proceso radicado con el No. 11001-03-15-000-2020-04502-00, sostuvo que el hecho de que el subsidio familiar tuviera como destinatario el núcleo familiar, en especial los hijos menores de edad del uniformado –quienes gozan de especial protección- no se convierte en un derecho absoluto, ni ello implica que este deba ser reconocido en forma absoluta y en los mismos términos a todos los uniformados de la Policía Nacional, independientemente de su grado, nivel e ingresos.

En esa misma sentencia estableció el Consejo de Estado que no se desconoce el precedente cuando no se tienen en cuenta las sentencias de tutela emitidas por la Corte Constitucional, como la T – 942 de 2014 y T – 623 de 2016, porque son dictadas en sede de revisión de casos particulares y concretos, en los que la Corporación no establece reglas o subreglas.

Por otra parte, el apelante citó en su apoyo las sentencias de la Corte Constitucional C – 337 de 2011 y C – 629 de 2011, que tratan sobre el subsidio familiar, no obstante, las mismas no guardan relación con el objeto de la demanda, porque la sentencia C – 337 de 2011 se originó en la acción pública de inconstitucionalidad con la cual se demandó la constitucionalidad de la letra c) del numeral 6º del artículo 6º de la Ley 1221 de 2008, por la cual se



establecieron normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictaron otras disposiciones y la sentencia C – 629 de 2011 se originó por la demanda que se promovió para la declaratoria de inconstitucionalidad del párrafo 36 del artículo 5° de la Ley 1429 de 2010, por la cual se expidió la Ley de Formalización y Generación de Empleo, con el fin de generar incentivos a la formalización en las etapas iniciales de la creación de empresas.

Si bien estas en estas providencias se refieren al subsidio familiar como una prestación social fundamental que materializa varios postulados constitucionales, lo cierto es que en ninguna de ellas se estableció alguna regla o subregla aplicable al presente asunto, es decir, no se refiere a su inclusión como factor salarial en la asignación de retiro de los miembros del Nivel Ejecutivo de la Policía Nacional.

-El actor también citó en su apoyo sentencias del Consejo de Estado relacionadas con la inclusión del subsidio familiar en las asignaciones de retiro, las cuales no puede aplicarse al presente asunto; primero, porque se tratan de situaciones distintas, pues en ellas se estudia la inclusión de dicha prima en los soldados profesionales, y segundo, porque, aunque el Consejo de Estado estaba accediendo a estas demanda, lo cierto es que mediante sentencia SU de 25 de abril de 2019, proferida dentro del proceso radicado No. 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16) CE-SUJ2-015-19, unificó criterio y señaló que las partidas para liquidar la asignación de retiro de los soldados profesionales, son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno, en uso de sus facultades constitucionales o legales, fijan el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública, entre la que no se encuentra el subsidio familiar.

-Tampoco encuentra la Sala violación alguna al derecho a la igualdad del demandante, quien no demostró que su derecho se haya desmejorado en relación con otro miembro del nivel ejecutivo activo o retirado del servicio, que permitiera a la Corporación realizar el juicio de igualdad a la que alude la jurisprudencia Constitucional, como condición para declarar la nulidad del acto administrativo atacado.

Si bien el apelante le propone a la Sala que aplique un test de igualdad con el propósito de demostrar que dicho principio resulta violado por considerarse el subsidio familiar partida computable para liquidar la asignación de retiro de los

⁶ PARÁGRAFO 3o. *Los trabajadores de las empresas beneficiarias del régimen de progresividad de aportes a que se refiere el presente artículo, tendrán derecho durante los dos (2) primeros años a los servicios sociales referentes a recreación, turismo social y capacitación otorgados por las cajas de compensación familiar. A partir del tercer año, además de los anteriores servicios sociales, tendrán derecho a percibir la cuota monetaria de subsidio en proporción al aporte realizado y subsidio de vivienda. Una vez se alcance el pleno aporte por parte de sus empleadores, gozarán de la plenitud de los servicios del sistema.*



agentes, suboficiales y oficiales de la Policía Nacional, pero no a los servidores del nivel ejecutivo, y propone que se aplique la excepción de constitucionalidad frente a dicha norma, lo cierto es que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional la excepción de inconstitucional es una figura que solo puede ser aplicada por parte de los operadores judiciales cuando la vulneración de la constitución por parte de la ley resulta notoria o evidente.

En el presente caso la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad resulta improcedente, puesto que no es notoria la violación del principio de igualdad, toda vez que el trato diferente que se le da a los miembros de la fuerza pública que se le aplica el Decreto 4433/200 frente a los que se les aplica el Decreto 1213/90 se encuentra justificado, como señaló la jurisprudencia del Consejo de Estado, en que uno y otro régimen contiene beneficios diferente y que el régimen contiene beneficios que resultan superiores a los del otro, de modo que si se le aplicara el subsidio familiar se violaría entonces si de manera notoria y manifiesta el principio de igualdad de los miembros de las fuerzas militares distintos del apelante.

El propio esfuerzo argumentativo del apelante para demostrar que se viola el principio de igualdad regula la complejidad del análisis necesario para sustentar una excepción de ilegalidad en el presente caso.

En esa medida la Sala considera debe mantenerse la presunción de constitucionalidad del Decreto 4433/2004 y la negativa a aplicar el Decreto 1213/90.

-Finalmente, manifestó el apelante que no se le debe condenar en costas, porque no se probó la causación de las mismas, y citó en su apoyo la sentencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 20 de septiembre de 2018, en la cual se señala "por lo cual se precisa que esta no puede ser impuesta por el simple hecho de resultar vencida una parte dentro de un proceso judicial adelantado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que para adoptar esa decisión, se debe establecer y estar comprobado en el proceso, que la parte vencida realizó conductas temerarias o de mala fe que conduzcan a dicha condena. Además, las costas deben estar probadas en el proceso, lo que quiere decir, que no pueden ser impuestas de manera automática".



SENTENCIA No. 010 /2022
SALA DE DECISIÓN No. 005

En reciente providencia de la Subsección "A" de la Sección Tercera del Consejo de Estado⁷, se reiteró que la condena es objetiva y señaló lo siguiente:

En atención a lo señalado en el artículo 188⁸ de la Ley 1437 de 2011 y en el literal b del artículo 625 del C.G.P., en la sentencia se decidirá sobre la condena en costas, con aplicación de las normas previstas en el último de los estatutos mencionados, el cual, en el numeral 1 de su artículo 365⁹ dispone que se condenará en costas a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

La condena depende de un factor objetivo, del hecho de ser vencido en el proceso, y no de la conducta desplegada por las partes, por tanto, se impondrá la condena en costas correspondiente a la segunda instancia, en cuanto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra del fallo del *a quo* fue resuelto de manera desfavorable.

Finalmente, se observa que el *a quo* condenó en costas a la parte demandante; decisión que fue materia del recurso de apelación en el cual la parte actora señaló que el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 dispuso dicho gravamen siempre y cuando alguna de las partes hubiera actuado con temeridad y, en el sub *judice*, los actores se encontraban en una situación de indefensión manifiesta como víctimas de desplazamiento forzado y personas de escasos recursos, quienes actuaron de buena fe para incoar el medio de control de reparación directa, razón por la cual solicitó que se revocara dicha condena.

Al respecto advierte la Sala, que en la apelación de la sentencia de primera instancia no se pueden controvertir las costas impuestas por el *a quo*, toda vez que el artículo 366 numeral 5º del CGP es claro en señalar taxativamente la forma como las partes pueden controvertir la liquidación de dicho gravamen.

No obstante, se observa que en el sub *judice* la parte apelante no está cuestionando el monto de la condena sino el fundamento de su procedencia, con los argumentos de que los demandantes actuaron de buena fe, que han sufrido desplazamiento forzado y que carecen de recursos; sin embargo, la Sala también los encuentra improcedentes, dado que, en

⁷ Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejera ponente: Marta Nubia Velásquez Rico, 5 de marzo dos 2021, Radicación número: 25001-23-36-000-2016-01307-02(62255).

⁸ Este artículo fue modificado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021; no obstante, dicha modificación no se aplica al presente asunto, pues como lo dispuso el artículo 86 *ibidem* "los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones".

⁹ Artículo 365 C.G.P.: "En los procesos y en las actuaciones posteriores aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto (...) (subrayas de la Sala).



SENTENCIA No. 010 /2022
SALA DE DECISIÓN No. 005

primer lugar, en materia de costas las normas aplicables al asunto formulado son el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y el literal b del artículo 625 del C.G.P., mas no el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 y su condena depende de un factor objetivo, del hecho de ser vencido en el proceso, y no de la conducta desplegada por las partes.

Este Tribunal acoge y prohíja los criterios expuestos en la sentencia transcrita, los cuales adoptan un criterio objetivo para decidir la condena en costas procesales.

Se advierte que el juez condenó en costas con base en un criterio objetivo – valorativo y, en aplicación al artículo 365 del CGP., atendiendo a que no se accedió a las pretensiones de la demanda.

Por lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia apelada.

5.3. Condena en costas en segunda instancia

En el presente caso procede la aplicación del artículo 188 del CPACA que remite al artículo 365 del Código General del Proceso, de acuerdo con el cual se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación.

En ese sentido, como el recurso de apelación se resolvió de manera desfavorable a la parte demandante, se condenará en costas en segunda instancia a favor de la parte demandada, condena que deberá ser liquidada por el Juzgado de origen, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, y teniendo en cuentas los siguientes factores: i) el trámite del recurso, ii) la naturaleza del proceso y iii) la gestión de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

VI. FALLA

PRIMERO: Confirmar la sentencia apelada.

SEGUNDO: Se condena en costas a la parte demandante al pago de costas procesales en segunda instancia, las cuales serán liquidadas por el Juzgado de origen, de conformidad con los artículos 365 y 366 del C. G. P.



SENTENCIA No. 010 /2022
SALA DE DECISIÓN No. 005

TERCERO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados


EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS


JEAN PAUL VASQUEZ GOMEZ


LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ